

"EL 'AMPARO' EL 'MANDADO DE SEGURANÇA' Y EL SISTEMA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES DEL D. URUGUAYO"

Adolfo Gelsi Bidart

Professor Titular de Direito Processual
da Faculdade de Direito do Uruguay

— I —

PROPÓSITO

No existe en el Derecho Uruguayo un medio procesal que pueda equipararse al "juicio de amparo" o "juicio de garantías" o simplemente "amparo" del Derecho Mexicano, o al "mandado de segurança" del Derecho Brasileño.

El propósito de este breve informe es señalar cómo se contemplan (y hasta dónde) en el Derecho Uruguayo los derechos que aquellos institutos amparan y las principales carencias que pueden señalarse.

— II —

COMPETENCIA

A — Es interesante indicar, por tratarse en ambos casos, de Estados federales, la diferente reglamentación que en el punto se atribuye.

En México, el amparo corresponde a los tribunales federales: "En la Constitución de 1917 el P. J. Federal consolidó su posición como el órgano supremo del Estado mexicano... tiene a sus cargo la defensa y el control de la constitucionalidad y de la legalidad de los actos de todos los funcionarios, sean federales o locales: el juicio de amparo conservó los

caracteres que le señalaron la constituyente de 1857.' es... el procedimiento que permite a los hombres defender sus derechos y obligar a las autoridades, federales y locales, a que permanezcan dentro de la órbita de sus facultades y no invadan la esfera de competencia que pertenece a otras autoridades" (1).

En el Brasil, "no se imprimió al instituto el carácter nítidamente federal que corresponde al juicio de amparo en lo que respecta a la competencia de los Tribunales"; salvo para casos especiales, de autoridades superiores del Estado o del Distrito Federal, "si se trata de acto de cualquier otra autoridad, la competencia es de cualquiera de los jueces de lo civil" (2).

B — En el Uruguay, desde luego, se descarta la competencia federal (que en él existe), pero el amparo excepcional de los derechos protegidos por la Constitución es entregado también a los órganos jurisdiccionales supremos: Suprema Corte de Justicia (órgano superior del Poder Judicial), en caso de inconstitucionalidad (Constitución, Art. 257) y Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, por vicio de ilegalidad.

El Tribunal, órgano no-incluido en el Poder Judicial es supremo (y por el momento único) en la materia de su competencia, tanto en lo judicial, como en las relaciones con los Poderes del Estado y en el ejercicio de las funciones administrativas conexas y necesarias para su funcionamiento (cfr. Constitución, Arts. 308 y 320-21).

La solución pues, es más cercana a la del Derecho Mexicano.

— III —

OBJETO DEL AMPARO

A — El Art. 101 de la Constitución Mexicana de 1857 establecía que "Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: (I) Por leyes o actos de

(1) — *Mário de la Cueva*. "Evolución, instituciones y características del Derecho Constitucional Mexicano", in "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", IV, p. 335.

(2) — *Oscar da Cunha*. "A tutela dos direitos individuaes lesados por atos do poder público" *idem*, p. 300 y 306.

cualquiera autoridad que violen las garantías individuales. (II) Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados. (III) Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invaden la esfera de la autoridad federal". Estas finalidades se mantienen en la Constitución de 1917.

Por su parte, la Constitución Brasileña de 1946, incluye el siguiente precepto entre las garantías de los derechos individuales: "Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus, se concede el "mandato de segurança", sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder" (Art. 141, N.º 24).

Ambos coinciden, pues, en conceder ese medio como garantía para los derechos individuales. — Pero sólo en México se añaden las garantías "federales" (del Estado federado frente a la Federación o viceversa). — En Brasil, aunque en el cap. de las garantías individuales, parece tener una amplitud mayor en cuanto a los derechos amparados (todo derecho, incluso v. gr. el del Juez a la condición vitalicia de su cargo), pero exigiendo su certidumbre o sea "no susceptible de contestación", exento de duda y de controversia" ⁽³⁾.

B — La Constitución del Uruguay (Art. 283) prevé un proceso especial, en caso de lesión de la autonomía del Departamento: "Los Concejos (órgano ejecutivo) o las Juntas Departamentales (asamblea legislativa), podrán reclamar ante la Suprema Corte de Justicia, por cualquier lesión que se infiera a la autonomía del Departamento, en la forma que establezca la ley". — Se trata de una acción reconocida por la Constitución; el fundamento jurídico de la pretensión que se aduzca, se encuentra también en la carta constitucional, que ha consagrado la autonomía de los Departamentos.

La Ley Orgánica Municipal (N.º 9515 de 28 de octubre de 1935) reitera el precepto constitucional, añadiendo que deberá señalarse "concretamente el precepto constitucional o legal violado y en qué consiste la violación" (Art. 71, Inc. 1). — En cuanto al aspecto procesal propiamente dicho se consa-

(3) — *Buzaid*. "Do mandado de segurança" in "Actas del I. Congreso Ibero Americano y Filipino de Derecho Procesal", p. 498 y 499.

gra un trámite sumario: "el procedimiento será el establecido por el Código de Procedimiento Civil para los incidentes, y la resolución a recaer sólo será susceptible del recurso de revisión".

Puede citarse, además, otro medio procesal, que si bien no supone (directamente) una efectiva lesión a la autonomía, puede tender a evitarla, o sea, las "contiendas de competencia". — Se determina que el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo entenderá "en las contiendas de competencia fundadas en la legislación y en las diferencias que se susciten entre el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados y, también, en las contiendas o diferencias entre uno y otro de estos órganos". — Cuando las contiendas están fundadas "en la Constitución, entenderá la Suprema Corte de Justicia" (Art. 313, Inc. 1 y 3).

C — Con respecto a los otros derechos garantidos, no existe en el Uruguay, la exigencia del derecho "líquido y cierto" de la norma brasileña, lo cual se explica, porque no hay en nuestro Derecho un medio sumario y eficaz como el mandato de "segurança". — Aquí también, hay coincidencia con el Derecho Mexicano.

Se consagra, sí, como en casi todas las Constituciones (desde la Carta Magna!) el "habeas corpus", como acción judicial de carácter popular, en defensa de la libertad individual, con la finalidad de que se juzgue acerca de la fundabilidad (legal) de la prisión a que ha sido sometida una persona.

Dice el Art. 17 (Constitución): "En caso de prisión indebida, el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de "habeas corpus", a fin de que la autoridad aprehensora, explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado".

En algunos sistemas jurídicos, se ha procurado extender este medio de protección a la libertad "de movimiento o personal", a otros derechos individuales. Pero aunque exista una real equivalencia entre este medio y los que son objeto de nuestra consideración, no puede negarse que ni la letra cons-

titucional, ni sus antecedentes históricos lo admiten. Nuestra jurisprudencia no ha seguido este camino extensivo ⁽⁴⁾.

D — Cuando una ley (nacional, A. 256 ó departamental, A. 260) inconstitucional por razones de fondo o de forma se aplica (A. 258) en un proceso judicial o fuera del mismo, puede acudirse ante la Suprema Corte de Justicia. Se pide que declare la “inconstitucionalidad de la ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla”. (A. 258).

Se discutió hasta 1952 si la pretensión de inconstitucionalidad quedaba reservada para su planteamiento en los procesos judiciales (por vía de excepción o de recurso) o si también podía acudirse a la Suprema Corte por medio de acción directa. La jurisprudencia se inclinaba por la 2.^a interpretación, cuando la Constitución de 1952 cortó el nudo, consagrando explícitamente este medio.

Queda así ampliada, considerablemente la garantía constitucional, v. gr., en los casos en que la Administración aplique una ley inconstitucional.

E — Por último, la Constitución del Uruguay establece la acción de nulidad contra los “actos administrativos definitivos cumplidos por la Administración (nacional, municipal o autónoma ó descentralizada), en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder” (Art. 309).

La norma se refiere a actos, excluyendo, por ende el hecho antijurídico ⁽⁵⁾: para estos últimos sólo queda el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria.

Podría reputarse incluido en la calificación de “ilegalidad” el abuso de poder, como lo sugieren *Buzaid y Vidigal* ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾.

Pero nuestra Constitución alude a la desviación de poder, en el sentido clásico en la doctrina administrativa, de acto

(4) — V. conforme, *Pontes de Miranda*, “História e practica do Habeas Corpus”, especialmente N.º 194-7.

(5) — *E. Sayagués Laso*. “El Tribunal de lo Contencioso Administrativo”, p. 87.

(6) — *Buzaid*. o. cit. p. 502-3.

(7) — “por violación de la forma legal, o adopción de alguna medida exorbitante de la ley o que excede de su órbita de actuación, configurándose ya la incompetencia” (*Buzaid*, o. cit. p. 503).

realizado persiguiendo una finalidad que es la querida por la norma, hay "irregularidad en cuanto al fin", y, por ende "constituye un vicio generalmente clandestino" que obliga al Juez a un análisis prudente (objetivación de intenciones), sobre la base de invocación expresa de parte y que corresponde a "un acto inobjetable en los demás aspectos" ⁽⁸⁾.

F — En resumen, pues, en cuanto al objeto del amparo el régimen constitucional uruguayo, comparativamente al mexicano juicio de amparo, queda así configurado: 1) Lesión de autonomía municipal, por acto o hecho de autoridad: acción especial ante la Suprema Corte. — 2) Contendias de competencia inter-administrativa, ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo o la Suprema Corte de Justicia. — 3) Aplicación por autoridad (judicial o administrativa) de ley (nacional o municipal): acción directa ante la Suprema Corte o planteamiento en el proceso judicial pertinente (excepción, recurso, acción incidental).

4) Acto administrativo viciado por ilegalidad o desviación de poder: acción de anulación ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Las garantías de los derechos individuales se refieren al caso de lesión por acto administrativo (inconstitucional o ilegal) o judicial (inconstitucional).

— IV —

SUJETOS DEL CONFLICTO

A — Dejando de lado los casos de lesión de autonomía (departamental) o soberanía (federal o estadual), el amparo jurisdiccional pone frente a frente al sujeto de derecho que ha sido atacado en alguno de "los derechos que la ley fundamental reconoce al individuo... y en ciertos casos también a las personas jurídicas" (sujeto activo) y, por otra parte, al órgano de autoridad que ha realizado un acto que entraña "atentado o presión antijurídica" ⁽⁹⁾.

Tanto en el "amparo" mexicano, como en el "mandado de

(8) — *Julio A. Prat*. "De la desviación de poder", p. 182 y 371.

(9) — *Ignacio Medina*. "La sentencia civil impugnada en amparo en el Derecho Mexicano" in "Scritti... in memoria di P. Calamandrei", I, p. 266.

segurança" brasileño, la autoridad puede ser legislativa, administrativa o judicial, con la aclaración de que, en cuanto a la primera, no es la ley lo que directamente se recurre, sino el acto de aplicación de la misma (si fuese inconstitucional).

B — Como resulta del párrafo anterior para el Uruguay hay que distinguir entre el caso de inconstitucionalidad y el de ilegalidad: los actos judiciales quedan excluidos de este último remedio.

Incluso se considera, siguiendo el dictamen de la Comisión de Reforma de la Cámara de Representantes que lo sancionó y el texto del Art. 309 (Inc. 1 y 2: "actos... de la Administración... La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados"), que los actos administrativos cumplidos por órganos judiciales no pueden impugnarse por esta vía ⁽¹⁰⁾.

Cabe sin embargo, aclarar la posibilidad (aunque un poco remota) de la impugnación, cuando se ejecuta una sentencia por la administración, separándose de la pura ejecución encomendada ⁽¹¹⁾.

En resumen, todo órgano administrativo autor de acto ilegal, puede provocar, por eso mismo, el conflicto que está en base de la impugnación.

En cuanto al sujeto activo del conflicto (y de la pretensión procesal), la Constitución dice que: "La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por acto administrativo" (A. 309, Inc. 3), el cual, por su parte, ha de ser "contrario a una regla de derecho o (cometido) con desviación de poder" (A. 309, Inc. 1).

En consecuencia, debe existir un sujeto lesionado que pueda aducir un derecho subjetivo reconocido por el sistema jurídico. — O bien, un interés, pero no "un mero interés, desde que no nos hallamos ante una "actio popularis". — Es in-

(10) — Conforme, *Aparicio Méndez*, "Lo Contencioso de Anulación en el Derecho Uruguayo", p. 111; es dubitativa la posición de *E. Sayagués Laso*, *ibid.*

(11) — *A. Méndez*, o. cit. p. 93.

dispensable un interés legítimo, esto es, un interés protegido por la ley, que en principio puede tener tanto un contenido material como moral. — No es un interés que emana de una simple situación de hecho o de una actitud tolerante de la administración.

Es un interés amparado jurídicamente (y) además, — personal —, (es decir) relativo a situaciones jurídicas particulares (y) directo... (o sea) inmediato, no eventual o futuro" (12).

C — En el remedio de inconstitucionalidad (ya se dijo), la Constitución uruguaya se refiere a la aplicación de ley inconstitucional por cualquier autoridad, judicial o administrativa.

Con respecto a la 1.^a, cabe puntualizar que el medio de impugnación puede plantearse cuando aún la autoridad judicial no ha resuelto su aplicación, por no haberse llegado a la etapa procesal respectiva. — Encarado desde ese punto de vista, podría hablarse de un medio "preventivo". — Pero esta calificación sería sólo a medias adecuada, si se piensa en la esencilidad del proceso para la resolución judicial.

En cuanto al sujeto activo de la pretensión de inconstitucionalidad, podrá plantearse "por todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo" (proemio del A. 258), una fórmula similar a la consagrada para el contencioso de anulación. — No hay inconstitucionalidad "en abstracto", en el mero interés de la Constitución.

Se requiere la existencia de un conflicto, incluso el caso de planteamiento "de oficio" del problema de la inconstitucionalidad: "El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento judicial o el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio, la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución" (Art. 258, Inc. 2).

D — Ninguno de los institutos que se consideran, ha consagrado (en nuestro concepto) la admisibilidad de un remedio extraordinario especial para garantizar los derechos individuales consagrados por la Constitución cuando la violación

(12) — Giorgi. "El Contencioso Administrativo de anulación", p. 187-88.

proviene, no de un órgano de autoridad, sino de sujetos de derecho privado, sean éstos individuos u organizaciones de derecho comercial, civil, etc.

En la Argentina, por el contrario, en una reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (Tribunal Federal), se da este paso. — En un caso de jurisprudencia (27 de diciembre de 1957) comenzó por admitir el recurso de amparo (no consagrado en textos constitucionales ni legales expresos). — Dijo en el caso “Siri”. La “Corte Suprema... se aparta... de la doctrina tradicionalmente declarada por el Tribunal en cuanto relagaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no estrictamente comprendidas en el habeas corpus (Fallosit. 168. p. 15; t. 169. p. 103....), — Los preceptos Constitucionales tanto como la experiencia institucional del país, reclaman de consumo el goce y el ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de Derecho e imponen a los Jueces el deber de asegurarlos. — Por tanto... vuelvan los autos al Tribunal de origen, a fin de que se haga saber a la autoridad policial, que debe hacer cesar la restricción impuesta al solicitante en su calidad de director propietario del diario clausurado, — Alfredo Orgaz, Manuel J. Argañarás, Enrique V. Galli, Benjamín Villellegas Basavilbaso (en disidencia:) Carlos Herrera” ⁽¹³⁾.

En un 2.º caso (“Klot”) en que se había efectuado la ocupación material de una fábrica por parte del personal obrero, en conflicto con los directivos de aquella, el 5 de setiembre de 1958, la Corte en mayoría integrada por Orgaz, Villegas Basavilbaso y Juan Carlos Beccar Varela, con la disidencia de Julio Oyhanarte y Aristóbulo D. Aráoz de Larnaduid, hizo lugar al recurso de amparo y resolvió oficiar al Comisario de Policía respectivo, para la entrega del local a sus propietarios. — En los fundamentos dijo que: “Siempre que aparezca... de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales cor-

(13) — Carrió. “Recurso de amparo y técnica judicial”, Buenos Aires 1959, p. 212.

responderá que los Jueces restablezcan de inmediato el decreto restringido por la rápida vía del recurso de amparo" (14).

La práctica jurisprudencial argentina parece dar una gran amplitud a las posibilidades del recurso: se plantea ante cualquier Juez, aunque comienza a señalarse la conveniencia de reservarlo para los Tribunales de alzada (competencia), en los casos de "vías de hecho o situaciones que por su gravedad sean equiparables a éstas" (objeto) y una vez agotados — o no siendo posibles — los remedios ordinarios (15).

— V —

VÍAS PROCESALES

A — Tanto el "amparo" como el "mandado de seguridad" suponen un verdadero proceso, en el que intervienen partes y que se caracteriza por la sumariedad.

El amparo es "una figura procesal definida de enjuiciamiento en la que efectivamente se reconoce al órgano del cual el acto emana, el carácter de parte, es decir, de sujeto del conflicto, con pleno derecho de obrar procesal y con la carga de informar al Tribunal encargado del enjuiciamiento, sobre la justificación de los actos anti normativos que se le imputan" (16); un "proceso legal intentado para recuperar sumariamente cualquiera de los derechos del hombre consagrados por la Constitución y atacados por una autoridad cualquiera..." (17).

Para el "mandado de seguridad" la Constitución Federal de 1934 ya estableció que "El proceso será el mismo del habeas-corpus, debiendo siempre ser oída la persona de derecho público interesada" (Art. 113, Inc. 33). "El proceso, por la rapidez con que es realizado, participa de la naturaleza del proceso del habeas corpus: de ahí que se le haya llamado habeas corpus civil" (18). Se desarrolla según este esquema: demanda; — despacho inicial, ordenando la suspensión del acto, si fuese significativa la fundamentación del petitorio;

(14) — *Ibidem*, p. 233-34.

(15) — *Carrió*, o. cit. p. 200-2.

(16) — *Y Media*, o. cit., p. 266.

(17) — *Ignacio Vallarta*, cit. *ibidem*.

(18) — *O. da Cunha*, o. cit. p. 306.

traslado (5 días), al órgano respectivo; vista al M. Público (5 días); resolución. Se aplican las reglas del litis consorcio ⁽¹⁹⁾.

B — En el Uruguay, el contencioso de anulación por ilegalidad, es un verdadero proceso que se desarrolla ante el Tribunal entre las partes que son el sujeto que impugna y el órgano que ha cumplido el acto definitivo cuya legalidad se cuestiona; cabe también, en él, la aplicación de las reglas del litis consorcio. Ello surge claramente de la Secc. XVII de la Constitución, dedicada a “lo contencioso - administrativo” que reiteradamente utiliza (y adecuadamente) los conceptos procesales básicos: demanda, jurisdicción, acción, etc. Esto es, por lo demás, lo que resulta del Informe de la Comisión de Reforma (Constitucional) de la Cámara de Representantes ⁽²⁰⁾ y la opinion unánime de la doctrina ⁽²¹⁾.

Pero el proceso no reviste la característica sumariedad del amparo o del “mandado de seguridad”. En ausencia de ley reglamentaria la Disp. Trans. N) dispone: “En tanto no se promulgue la Ley Orgánica del Trib. de lo Cont. Admin.:... 2.º El procedimiento ante el mismo, será el establecido en el Cód. de Proc. Civil para los juicios ordinarios de menor cuantía” (con supresión de los escritos de réplica y dúplica).

C — En cuanto al remedio de inconstitucionalidad, la Constitución uruguaya no ha sido muy explícita.

Entendemos, sin embargo que es bastante clara la consagración de un proceso para resolver acerca de la pretensión de inconstitucionalidad. En síntesis, la Constitución emplea términos y adopta soluciones que parecen indicar esta conclusión: órgano competente (Suprema Corte de Justicia), que “deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas” (Art. 257) i. e con la integración, el número de votos, la forma... Pero en nuestro concepto, el proceso previo es un requisito, un supuesto ineludible para que la sentencia pueda pronunciarse, un antecedente necesario para que la

(19) — V. *Buzaid*, o. cit., p. 505-6.

(20) — Verlo en *Martins y Gros Espiell*, “La Constitución Uruguaya de 1952” p. 219-22.

(21) — V. por todos, *Raul Moretti*, “Proceso administrativo”, en “Ias. Jornadas Latino-Americanas de Derecho Procesal”, “Revista Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, Montevideo, enero-marzo 1958, p. 123-35.

sentencia exista ⁽²²⁾. Se califica expresamente de "falo" (A. 259) a la decisión y se añade que "se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado" (A. 259), alcance habitual, salvo resolución expresa en contrario, de la sentencia jurisdiccional.

Igual calificación procesal reciben los medios para acceder ante la Suprema Corte: "acción" directa ante la misma (A. 258, 1.º) o "por vía de excepción, que podrá oponer (se) en cualquier procedimiento judicial" (id. 2.º).

Podría concluirse, con la mayoría de la doctrina "que la Constitución no dice solamente que la decisión de la Corte ha de tener la forma de una sentencia, sino que ella es un fallo, es decir, una sentencia" ⁽²³⁾. Los diversos proyectos reglamentarios del remedio de constitucionalidad (R.F. Bado; V. Armand Ugón) lo entendieron así y estructuraron un proceso especial ante la Suprema Corte ⁽²⁴⁾.

Nada dice la Constitución acerca de la estructuración del proceso; partes y procedimiento, pero es simple la determinación de las primeras: partes del proceso en que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad; o impugnante y órgano contra el cual se alega la aplicación de ley inconstitucional (al menos).

En cuanto al procedimiento, sólo se establece que, planteado el problema en un proceso jurisdiccional, "se suspenderán los procedimientos, elevando-se las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia" (Art. 258, Inc. 3). Esta era la única fórmula expresamente prevista antes de 1952 y es la que se consagra en Italia para ante la Corte Constitucional (salvo los casos de protección de las autonomías de las regiones frente al Estado, o entre sí, o de éste ante aquellas): "La Corte Constitucional... solo considera las denuncias de ilegitimidad a las que ha dado ocasión la existencia de un juicio y que le son transmitidas por la autoridad judicial" ⁽²⁵⁾: en vía incidental, pues.

(22) — "Presupuesto" en el sentido de *Carnelutti* "Sistema del Derecho Procesal Civil", trad. Alcalá y Zamora — Sentis — Melendo, III, p. 548-54.

(23) — *Justino Jiménez de Aréchaga*, "Inaplicabilidad de las leyes inconstitucionales" en su curso, "La Constitución nacional", VIII p. 249.

(24) — En igual sentido *Couture* en su "Proyecto de C. de Proc. Civil" (Arts. 585-91); para los otros proyectos citados, v. *J. J. de Aréchaga*, o. cit., p. 251-63.

(25) — *Calamandrei* "Corte Costituzionale e autorità giudiziaria" in "Studi sul processo civile", VI, p. 215.

La iniciativa, además del Juez, de oficio, puede corresponder a cualquiera de las partes "por vía de excepción" (A. 258), es decir, planteándolo como un medio de defensa (en cuanto al contenido o al fondo), aunque desde el punto del proceso podría hablarse de acción incidental y, en cuanto a los actos procesales, de demanda incidental de inconstitucionalidad.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, interpretando estas disposiciones, ha establecido que los vocablos "acción" y "excepción" se han tomado en el sentido procesal y, por ende, que el actor en un proceso sólo puede acudir a la acción directa ante la Suprema Corte; exclusivamente al demandado le corresponde el planteamiento por vía de excepción en el mismo proceso ⁽²⁶⁾.

Nada es establece, en cuanto al proceso principal de inconstitucionalidad. Pero éste al igual que el incidental, puede calificarse, de acuerdo con los proyectos mencionados y con la práctica forense, de sumario.

Más aún, el único trámite seguro es la vista al Fiscal de Corte, antes del pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia, en virtud de que la Ley Orgánica de la Suprema Corte establece que se oirá al Fiscal en todos los asuntos de competencia originaria de aquel Tribunal (Ley 3246 de 28 — octubre — 1907 — Art. 11).

Sin embargo la Suprema Corte de Justicia en mayoría, integrada por los Dres. Luis A. Bouza (ex Prof. de Derecho Procesal), Manuel López Esponda, Julio César de Gregorio y Alvaro F. Macedo (actualmente jubilado), con la discordia del Dr. Rivera Astigarraga, sostiene una posición distinta, cuando la declaración de inconstitucionalidad se promueve por vía de acción ⁽²⁷⁾. Rechazó el criterio de Fiscal de Corte, Dr. Aníbal R. Abadie Santos, que sostenía que "toda declaración de inconstitucionalidad debe ser precedida de contradictorio" en el que "tienen interés directo, personal y legítimo para que se declare" la inconstitucionalidad de la ley, "todas aquellas personas a quienes la ley se refiere", por lo que debe darse

(26) — "La Justicia Uruguaya", tomo 35, casos 4490 y 4513.

(27) — "La Justicia Uruguaya", tomo 33, casos N.º 4259 y 4298, de 13/4/956 y de 13/6/956.

"oportunidad procesal de defender la constitucionalidad de la ley" a las mismas.

La Corte por el contrario, entiende "que no es aducible en la materia, la exigencia del debido proceso legal, por cuanto el caso de autos configura un proceso objetivo al acto, un examen de la regularidad jurídica de una ley y no una oposición de intereses legítimos ni una controversia acerca de derechos subjetivos" (28). Tesis, que aunque fundada extensa y razonablemente por nuestro más alto Tribunal no compartimos, por las razones precedentes, entre las que recordamos la letra clara del Art. 259, acerca del alcance de la resolución de la Corte ("al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que haya sido pronunciada").

— VI —

NATURALEZA Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

A — Uno de los aspectos de mayor interés para la garantía de los derechos en el "amparo" y el "mandado de seguridad", es la facultad concedida al Tribunal de ordenar "in limine litis" la suspensión del acto impugnado, como una medida de garantía asimilable al "ne varietur" cuando la impugnación es preventiva y cuando es "a posteriori", reintegrando las cosas al estado anterior en tanto se decide definitivamente sobre el amparo (29).

Compárese la solución del caso, con la preceptuada por C. de P. Civil en el caso de denuncia de obra nueva: presentada que sea una demanda para la suspensión de cualquiera obra nueva que se trata de ejecutar o se esté ejecutando, la decretará el Juez provisoriamente, ordenando que se intime al dueño y al constructor, que se haga constar el estado, clases y dimensiones de la obra" (a. 1191) (30).

No admite el Derecho Uruguayo, expresamente, esta me-

(28) — *ibid.* pág. 293.

(29) — v. I. Medina, o. cit.: *Da Cunha*, o. cit., p. 304; *Buzaid*, o. cit., p. 505-6; *Pontes de Miranda*. "Comentários ao Código de Processo Civil" — III, p. 177-200, especialmente p. 191-2.

(30) — Acerca de la prohibición de no innovar como medida precautoria, v. A. G. Spota "Medidas cautelares", en "Estudios en honor de Hugo Alsina", cap. II, especialmente p. 685-702; no la considera admisible, en materia posesoria, contra la Administración.

dida precautoria y los Jueces, en general, la rechazan, basándose, los que integran el Poder Judicial, en la separación de poderes y el Tribunal de lo Contencioso - Administrativo en su calidad de órgano de jurisdicción especial, cuyas funciones solo alcanzan a lo expresamente determinado (anulación del acto ilegal) ⁽³¹⁾.

B — En cuanto a la resolución definitiva, hay frecuente coincidencia, en cuanto a un contenido declarativo: “El amparo (es un) proceso declarativo” o “un proceso motivado por el ejercicio de una acción mera - declarativa” ⁽³²⁾.

La resolución de la Suprema Corte uruguaya consiste en “la declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquellas” (Art. 258, Inc. 1). — Y comentándolo añade J. Jimenez de Aréchaga ⁽³³⁾: “El contenido del fallo ha de ser... una declaración y un mandato. — La declaración... de... que la ley es constitucional o inconstitucional; (y en el 2.º caso, además) el mandato... de... que la ley... no podrá aplicarse a la resolución del caso particular en el cual la cuestión ha sido propuesta”.

No se trata, claro está, de una conclusión pacífica en doctrina. — V. gr. en la italiana, el problema es discutido con respecto a la naturaleza del funcionamiento de la Corte Constitucional. — Recientemente MAURO CAPPELLETTI en un notable estudio ⁽³⁴⁾ defendía la tesis de la naturaleza “constitutiva necesaria” de aquella resolución. — “La naturaleza del vicio de la norma se precisa a la luz de la naturaleza, más aún, de la eficacia, de la sentencia que la declara”; “basta que el acto, aunque inválido, produzca algún efecto, diverso de la mera incertidumbre y que tal efecto sea suprimido por el pronunciamiento del Juez para dar a éste un carácter constitutivo y para quitar a la invalidez el carácter de (radical) nulidad”.

Pero, sin entrar a la discusión del punto, cabe señalar

(31) — V. C. M. Velázquez. “Repertório de la Jurisprudencia del Trib. de lo Contencioso Administrativo” 1957, sentencia N.º 25 de 11/4 y 46 de 16/5.

(32) — I. Medina, o. cit. p. 277 y 275.

(33) — o. cit. p. 250.

(34) — Cappelletti. “La pregiudizialità costituzionale nel processo civile”, 1957, p. 40 y 41.

que tras disposiciones de la Constitución italiana (Art. 136) y de la Ley de 11 de marzo de 1953 (Art. 30) sobre eficacia o aplicación de las leyes inconstitucionales en tanto no se declara esa situación por la Corte, crean una verdadera perplejidad, como lo señalaba CALAMANDREI ⁽³⁵⁾: "No sólo los ciudadanos, sino también las autoridades administrativas y los órganos judiciales pueden, pues, encontrarse, después de entrar en funciones la Corte Constitucional, frente a leyes que aunque son por diversos motivos (formales o sustanciales) nulas por ilegitimidad constitucional deben sin embargo ser observadas y hechas observar, es decir, aplicadas, en tanto la Corte Constitucional no haya declarado su nulidad. — Son leyes inválidas, pero sobre su validez está prohibido indagar hasta que sobre la misma no se haya pronunciado la Corte Constitucional: y esta prohibición vale también para la actividad judicial".

Por lo demás, algunas razones pueden aducirse en el sentido que sostenemos para el Derecho Uruguayo, v. gr. — a) No existe tal validación constitucional para las leyes inconstitucionales mientras no se pronuncie la Corte y todo sujeto de derecho e incluso los órganos de la autoridad competente, pueden provocar, en cualquier momento, dicho planteamiento. — b) La teoría jerárquica de las normas (Constitución, ley, reglamento...) supone un vicio de origen en la ley que se aparta de la norma superior. — c) La existencia del pronunciamiento judicial para justificar la desobediencia, es aplicación del principio de la abolición de la justicia por mano propia en el Estado; de Derecho; la especificidad en el Tribunal que puede declararlo, se justifica por la naturaleza de la norma (superior del país).

Con respecto a la resolución del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, nuestra Constitución "ha establecido... que el mérito le corresponde en forma exclusiva a la Administración y la legalidad exclusivamente en esa sede... al órgano del Tribunal de lo Contencioso Administrativo". — En segundo término, el "objetivo estricto es la declaración de la ilegalidad... el pronunciamiento acerca de si la administración se ha ajustado o no a la norma de derecho". — En

(35) — o. cit. p. 230-31.

tercer lugar "se le ha reservado en forma prácticamente exclusiva, una zona de conocimiento y no de ejecución" ⁽³⁶⁾.

C — Tanto para el "amparo" como para el "mandado de seguridad" se reconoce, además, la posibilidad de una directa garantía, "in especie" valiéndose aún de la fuerza pública para su cumplimiento, ordenando, mandando (a los particulares y especialmente) a las autoridades, su cumplimiento.

Se trata de "una acción que confiere al titular del Derecho, la posibilidad de obtener una prestación en natura. — Más rigurosa que todas las otras, esta acción judicial consigue no sólo una suspensión liminar del acto impugnado, sino también la expedición de un mandato con ejecución específica, destinado a dejar sin efecto el procedimiento ilegal de la administración" ⁽³⁷⁾.

Tanto la Suprema Corte como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se limitan a declarar (si corresponde) la inconstitucionalidad o inaplicabilidad o la ilegalidad del acto, pero no mandan ⁽³⁸⁾ o ordenan a la autoridad, no condenan a hacer o no hacer algo.

Sin embargo, surge este "mandamus" implícitamente de la declaración, en virtud de la existencia de un sistema jurídico jerarquizado y en el que corresponde a los órganos jurisdiccionales indicar cuál es el derecho efectivamente existente.

De ahí que si bien la Constitución no habla, como el Cód. Proc. Brasileño que "so pena de desobediencia (desacata)" deberá actuarse para el cumplimiento de la decisión judicial (Art. 327), a igual solución se ha llegado, al menos en la práctica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo procediendo a denunciar por el delito de desacato a los funcionarios que incumplían la sentencia declarativa de la ilegalidad y, por ende, de la nulidad de un acto administrativo. — Este modo indirecto de provocar el cumplimiento de la resolución ha sido suficiente. — Es pacífico el cumplimiento de los fallos

(36) — *Gelsi*. Intervención sobre "Revocación y suspensión de actos administrativos", en "Jornadas de Derecho Comparado Chileno - Uruguayo 1958", "Revista Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Montevideo, enero-junio 1959, p. 342-43.

(37) — *Buzaid*, o. cit. p. 494.

(38) — *V. Pontes de Miranda*, o. cit. p. 195.

sobre inconstitucionalidad al igual que los del Tribunal que sólo en una oportunidad debió hacer uso de aquel remedio extremo ⁽³⁹⁾. — El Tribunal ha declarado que "no tiene poderes coercitivos, para imponer la obediencia a sus decisiones" ⁽⁴⁰⁾.

D — La resolución de amparo o de "segurança" se aplica solo al caso concreto en que se adopta.

Lo mismo cabe decir del fallo de inconstitucionalidad en el Derecho Uruguayo, según lo expuesto (Art. 259).

Es igualmente la solución en lo contencioso administrativo, con la sola excepción del caso en que "la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración" pues entonces "producirá efectos generales y absolutos" (Art. 311, Inc. 2), tal vez porque la Constitución habrá "entendido que las partes que intervenían en aquel proceso estaban investidas por una ley, de una legitimación más amplia... que a través del caso concreto procuraba plantear... un conflicto que abarcaba a un grupo de los administrados" ⁽⁴¹⁾.

E — Se establece en los institutos que examinamos, que ellos son sin perjuicio de las acciones petitorias respectivas.

Esto es exacto en cuanto a la inconstitucionalidad, salvo en ese aspecto específico, en el cual puede hablarse de su "prejudicialidad" ⁽⁴²⁾ con respecto al proceso pertinente.

En cuanto al proceso contencioso - administrativo, como queda limitado al problema de declarar la conformidad o separación del acto frente a la ley, deja al margen el contencioso de reparación, si bien la doctrina y la jurisprudencia en general coinciden en señalar: 1) que el proceso (rectius: la sentencia) contencioso (si procede) es prejudicial con respecto al de reparación, que se sigue ante la justicia ordinaria; 2) que el Tribunal, puede cuando se impugna el acto sin invocar un derecho subjetivo y no se obtienen 4 votos conformes

(39) — v. *Gelsi*, "Aspectos de la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay", "Revista Facultad de Derecho", México octubre-diciembre 1956, N.º 24, p. 266-67. También en este tomo de L. J. U., D., p. 103.

(40) — v. *C. M. Velázquez*, "Repertorio" cit., 1952-56, sentencia 179 de 24/12/1956.

(41) — *Gelsi* en "Jornadas Uruguayo-Chilenas", citadas, p. 343.

(42) — *Asi Cappelletti* en la o. cit.

para la anulación, “reservar a la parte demandante, la acción de reparación, si 3 votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada”. — Es decir: el “an debeatur” queda fijado y ante la justicia ordinaria deberá probarse el “quantum” ⁽⁴³⁾.

(43) — v. *Gelsi*, “Aspectos de la sentencia...”, cit. p. 269 y 270.